

Mitgegangen, mitgefangen, mitgehungen

Wann eine verbotene Einlagenrückgewähr dem (un)beteiligten Dritten zum Verhängnis wird



RA Dr. Alexander Reich-Rohrwig

Rechtsanwalt in Wien und Partner Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH, Bereich Corporate / M&A

GmbH, FlexCo, AG und GmbH & Co KG – Nichtigkeitsrisiken bei einer verbotenen Einlagenrückgewähr für „echte“ Dritte und Haftungsrisiken für beratende Anwälte, Steuerberater und Notare.

Einleitung

Was Steuerberater unter dem Begriff der „verdeckten Gewinnausschüttung“ kennen, wird im Gesellschaftsrecht als „verbotene Einlagenrückgewähr“ bezeichnet. Geschäfte von Kapitalgesellschaften und GmbH & Co KGs, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, sind bekanntermaßen nichtig.

Im Regelfall ist dies bloß ein Problem der beiden Normadressaten dieses Verbots – nämlich des Geschäftsführers der Gesellschaft, der das Geschäft vornimmt, sowie des empfangenden Gesellschafters (iwS), der den Vorteil daraus zieht. Während der Gesellschafter zum Rückersatz der empfangenen Leistungen verpflichtet ist, macht sich der Geschäftsführer schadenersatzpflichtig und ist somit ebenfalls (indirekt) zum Rückersatz verpflichtet.

Wann eine verbotene Einlagenrückgewähr darüber hinaus auch zum Problem des Geschäftspartners der Kapitalgesellschaft, der nicht auch Gesellschafter (iwS) ist („Dritter“), werden kann, der in das Rechtsgeschäft mittelbar involviert ist, möchte ich an Hand der jüngsten Judikatur erörtern: Dies betrifft einerseits die Frage, wann eine solche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch einem Dritten entgegengehalten werden kann (etwa einer unrechtmäßig besicherten Bank, siehe unten Punkt 1), andererseits die Frage, wann sich Berater schadenersatzpflichtig

machen können – etwa wenn beratende Anwälte, Steuerberater oder Notare den Dritten nicht hinreichend gewarnt haben (siehe unten Punkt 2).

Auch zur Frage der Verjährung von Rückzahlungsansprüchen bei einer verbotenen Einlagenrückgewähr (5 Jahre, 30 oder 3 Jahre?) bietet die Judikatur Neues (siehe unten Punkt 3).

1. „Drittwirksamkeit“ des Verbots der Einlagenrückgewähr 1.1. Allgemeines

Grundlegender Schutzzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr¹ ist der Schutz der Gläubiger der Kapitalgesellschaft² – Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind absolut nichtig.³

Adressaten dieses Verbots sind allerdings bloß die Gesellschafter (und nahestehende Personen⁴) und die Organe der Gesellschaft (also Geschäftsführung sowie allenfalls der Aufsichtsrat). Das Verbot der Einlagenrückgewähr richtet sich nicht an sonstige „echte“ Dritte.⁵ Daher sind auch (bloß einseitig) verbotswidrige Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit solchen Dritten grds. gültig, da sich das Verbot schließlich nur an den *einen* der beiden Geschäftspartner richtet.⁶ Der Dritte darf hingegen grundsätzlich auf die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht des Geschäftsführers vertrauen und muss sich insofern

nicht um interne Belange der Gesellschaft kümmern.⁷ Ob das Geschäft, der Vertrag, mit der Kapitalgesellschaft wirksam ist, muss demnach nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht beurteilt werden.⁸

Die Gegen Ausnahme bildet – als unstrittiger Ausgangspunkt – kollusives Verhalten der Beteiligten: Wenn die Geschäftsführung bewusst zum Nachteil der Gesellschaft handelt und der Dritte Kenntnis vom Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hat, ist das Rechtsgeschäft auch ihm gegenüber nichtig und er ist in Hinblick auf allfällig empfangene Leistungen rückgabepflichtig.⁹

Der „Paradefall“ einer solchen, drittwirksamen Nichtigkeit auf Grund kollusiven Verhaltens ist es, wenn eine Muttergesellschaft bei einer Bank einen Kredit aufnimmt und ihre Tochtergesellschaft unzulässigerweise¹⁰ dazu veranlasst, zu Gunsten der Bank eine Sicherheit (etwa ein Pfandrecht) zu bestellen und die Bank sich dieser Unzulässigkeit bewusst ist.

1.2. Generelle Erkundigungspflichten des Dritten?

Diese Grundsätze zu kollusivem Verhalten haben durch die Judikatur allerdings eine erhebliche Ausdehnung erfahren: Ausgehend von Schutzwürdigkeitsüberlegungen stellte der OGH¹¹ im Jahr 1996 in seiner viel beachteten „Fehrringer“-Entscheidung klar, dass sich ein Dritter (eine Bank) die Nichtigkeit des Geschäfts¹² nicht bloß bei kollusivem Verhalten und tatsächlicher Kenntnis der Verbotswidrigkeit entgegenhalten lassen müsse, sondern dass es genüge, wenn sich der Verstoß für den Dritten – im Sinne eines Missbrauchs der Vertretungsmacht – „geradezu aufdrängen“ musste, seine Unkenntnis somit auf grober Fahrlässigkeit beruhe.

Zur logischen Folgefrage, was denn „grob fahrlässig“ sei, führte der OGH aus, dass der Dritte zwar nicht verpflichtet sei, besondere Nachforschungen oder Angemessenheitsprüfungen (zur Erhebung der Fremdüblichkeit des Geschäfts) anzustellen, ihn aber sehr wohl eine generelle Erkundigungspflicht treffe: Er müsse Auskünfte einholen, ob ein angemessenes Entgelt vereinbart worden sei, widrigenfalls er sich den Verstoß gegen § 82 GmbHG – hier: die Pfandbestellung durch die Tochtergesellschaft zur Besicherung des Kredits der Muttergesellschaft – entgegenhalten lassen müsse; auf – nicht offenkundig unrichtige – Auskünfte könne der Dritte sich jedoch verlassen.

Die Kritik der Lit¹³ an dieser strengen Ansicht zu generellen Erkundigungspflichten Dritter nahm der OGH¹⁴ schließlich im Jahr 2005 zum Anlass, um seine Aussagen (richtigerweise) zu relativieren: Eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht sei schon wegen der Komplexität des Themas des Fremdvergleichs abzulehnen und eine Nachfrage nur dort zu fordern, wo sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass der Verdacht nahezu einer Gewissheit

gleichkommt. Diesem Grundsatz ist der OGH bis heute im Wesentlichen treu geblieben.¹⁵

Der Frage, was diese Grundsätze nun konkret bedeuten und wann sich ein Verdacht so weit aufdrängen muss, dass er einer Gewissheit gleichkommt, widmet sich das folgende Kapitel.

1.3. Erkundigungspflichten: Bloß wenn ein Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt

Der Grundsatz ist also nach nunmehriger stRsp¹⁶, dass keine generelle Erkundigungspflichten des Dritten bestehen.

Jener Anknüpfungspunkt¹⁷, der Erkundigungspflichten des Dritten auslösen und zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch ihm gegenüber führen kann, ist vielmehr erst ein „ins Auge springender Verdacht“¹⁸ oder ein „dringender Verdacht“¹⁹, der sich so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt.²⁰ Dieses „geradezu Aufdrängen“ eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr setzt die Judikatur regelmäßig mit „grober Fahrlässigkeit“ gleich.²¹

Relevanter Zeitpunkt für das Vorliegen des Verdachts ist grds. jener des Abschlusses des Rechtsgeschäfts.²²



Erkundigungspflichten bestehen bloß, wenn ein Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt.

Maßgeblich ist somit der tatsächliche Kenntnisstand des Dritten²³: Ist etwa der unzulässige Zweck eines Darlehens – z.B. die Finanzierung des Anteilserwerbs an der Zielgesellschaft durch diese selbst – bekannt, so muss sich der Verdacht einer verbotenen Einlagenrückgewähr auch einer Bank, die nicht Gesellschafter der Mutter- oder Zielgesellschaft, also ein „echter“

Dritter ist, aufdrängen.²⁴ Weiß der Dritte hingegen nicht einmal, dass die beiden übrigen am Rechtsgeschäft beteiligten Personen im Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschafter zueinander stehen, ist ihm die Verbotswidrigkeit auch nicht evident;²⁵ gegen teiliges gilt, wenn die Gesellschaftsverhältnisse der kreditnehmenden Gesellschaften bekannt sind.²⁶ Bei einem „fiktiven Cash Pooling“ kann einer dritten Bank kein Verdacht eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vorgeworfen werden, wenn nicht feststeht, dass sie Kenntnis vom konzerninternen Cash-Pooling-Vertrag und seinem (unzulässigen, den Vorwurf der verbotenen Einlagenrückgewähr begründenden) Inhalt hatte.²⁷

Der Dritte darf grundsätzlich auch auf – nicht offenkundig unrichtige – Auskünfte der beteiligten Gesellschaften vertrauen.²⁸ Werden für Ungereimtheiten allerdings keine schlüssigen Erklärungen geliefert, so kann dies einen relevanten Verdacht begründen.²⁹

Keine weitergehende Erkundigungspflicht bei plausiblen Anschein einer betrieblichen Rechtfertigung

In einer jüngst ergangenen Entscheidung hat der OGH bestätigt, dass in jenen Fällen, in denen (etwa) das Vorliegen einer

betrieblichen Rechtfertigung schon bei erstem Anschein plausibel erscheint und in denen keine Verdachtsmomente gegeben sind, die den Dritten am Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung zweifeln lassen müssten, kein weiterer Überprüfungsbedarf bestehe.³⁰

Schon von vornherein hoch verdächtige Fälle lösen hingegen Erkundigungspflichten aus – der Dritte hat bei den Beteiligten etwa hinsichtlich einer Gegenleistung nachzufragen, wobei der Dritte sich auf nicht offenkundig unrichtige Auskünfte verlassen darf.³¹

Bei der Beurteilung der groben Fahrlässigkeit kommt es insofern auf die Möglichkeiten des Dritten an, zu erkennen, dass die Zahlungen von keinem rechtfertigenden Sachverhalt getragen sind (also ohne betriebliche Rechtfertigung erfolgen) und einem Fremdvergleich nicht standhalten.³²

Verdächtige Fälle

Als *per se* verdächtig hat der OGH in der Vergangenheit Konstellationen des Leveraged-Buy-Outs bzw. Management-Buy-Outs eingestuft, in denen Kreditverträge der Finanzierung eines Anteilskaufs dienten und das jeweilige (zu erwerbende) Tochterunternehmen selbst die Sicherheiten für einen solchen Kredit stellte oder den Kredit sogar selbst aufnahm und an den Käufer weiterleitete, und diese Konstellation der finanzierenden Bank (als Drittem) auch bekannt war.²³

Bei der Bestellung von Sicherheiten durch eine Gesellschaft kann die Kenntnis sowohl der Beteiligungsverhältnisse als auch der finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften für eine dritte Bank „hoch verdächtig“ sein³⁴:

Bei Kenntnis der Beteiligungsverhältnisse sowie der (schlechten) finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften kann sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr etwa aufdrängen, wenn der Dritte weiß, dass eine Kapitalgesellschaft für Kredite ihrer Schwestergesellschaften Bürgschaften übernimmt, obwohl sie zu diesen Schwestergesellschaften keine Geschäftsbeziehungen unterhält. Der Dritte muss diesfalls erkennen, dass die Gesellschaft ausschließlich im vorrangigen Interesse ihres Hauptgesellschafters handelt. Er hat daher in dieser hoch verdächtigen Konstellation das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung der Bürgschaftsübernahme zu hinterfragen.³⁵

Ebenso muss es für eine kreditgewährende Bank ungewöhnlich und auffällig (und somit „hoch verdächtig“) sein, wenn eine besichernde Gesellschaft ein Pfandrecht für einen Kreditnehmer bestellt, mit dem sie in keinem ersichtlichen Zusammenhang steht.³⁶

Zahlungen, die direkt auf ein Kreditkonto erfolgen, haben einen höheren Auffälligkeitwert als Zahlungen auf ein Girokonto,

da ein Kreditkonto betreffend einen Einmalbarkredit nicht dem Zahlungsverkehr dient.³⁷ Zahlungen in Höhe von fast des Vierfachen der Bilanzsumme stellen keinen Routinevorgang (der keine Erkundigungspflichten auslösen würde) dar.³⁸

Auch die Kenntnis einer schlechten finanziellen Situation der beteiligten Gesellschaften stuft der OGH regelmäßig wohl als verdächtig ein.³⁹

Gegenläufige Aspekte

In die gegenteilige Richtung geht eine Entscheidung des OGH, in der dieser iZm der Gewährung eines Konzernkredits und damit zusammenhängender Sicherungszessionen der Konzerngesellschaften etwa ausspricht, dass der Umstand, dass einem Konzern von einem Bankenkonsortium, dem alle österreichischen Großbanken angehörten, ein Konsortialkredit in erheblicher Höhe gewährt wurde, gegen das Vorliegen einer für eine dritte Bank evidente Verbotswidrigkeit spreche.⁴⁰

Bei einem Cash Pooling liegt – anders als bei einer Sicherheitenbestellung zur Finanzierung eines Anteilskaufs – eine betriebliche Rechtfertigung nahe, ist aber jedenfalls nicht auszuschließen.⁴¹

Ebenso muss allein der Umstand, dass ein und dieselbe Person Geschäftsführer der beiden beteiligten Schwestergesellschaften ist, noch keinen Verdacht der verbotenen Einlagenrückgewähr begründen.⁴²

Fehlen relevanter Judikatur spricht gegen grobe Fahrlässigkeit

Das Verkennen des Vorliegens einer verbotenen Einlagenrückgewähr auf Grund fehlender Judikatur (konkret:

Abschluss des Rechtsgeschäfts vor der Fehring-Entscheidung) stuft der OGH⁴³ in einem Fall trotz der Vernachlässigung damals bereits vorliegender Lehrmeinungen nicht als grob fahrlässig ein. Später (im Jahr 2011) musste die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Bestellung von Sicherheiten für eine fremde Schuld hingegen bekannt sein und der Verdacht einer verbotenen Einlagenrückgewähr sich somit (unter diesem Aspekt) aufdrängen.⁴⁴

In der ersten höchstgerichtlichen Entscheidung zur Frage des Vorliegens einer verbotenen Einlagenrückgewähr bei einem Cash-Pooling, sprach der OGH hingegen wiederum aus, dass für die Frage, ob sich für eine dritte Bank ein Verdacht aufdrängen hätte müssen, das bisherige Fehlen von Rechtsprechung zu berücksichtigen sei (und verneinte einen solchen Verdacht letztlich).⁴⁵

Vertrauen des Dritten auf Rechtsberatung seines Gegenübers?

Bedeutsam ist auch eine jüngste Klarstellung des OGH zur Frage, ob ein Dritter darauf vertrauen kann, dass der Anwalt seines



Welche Sorgfalt schulden (rechts)beratende Berufe, wie Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Notare, wenn sie bei Rechtsgeschäften beraten, die potenziell gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen könnten?

Gegenübers das Rechtsgeschäft geprüft hat und ihm selbst somit kein Sorgfaltsverstoß oder ein Verdacht, dass das Geschäft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, vorgeworfen werden könne: Nach der Auffassung des OGH darf eine Bank als Dritter, die es mit einer anwaltlich vertretenen Gegenseite zu tun hat, darauf vertrauen, dass gesellschaftsrechtliche Beschränkungen durch den Anwalt der Gegenseite berücksichtigt oder thematisiert werden. Wenngleich dies zwar durchaus als fahrlässig bezeichnet werden könne, erreiche dieses Vertrauen auf die Beratung des Gegenübers jedoch nicht die Qualität eines zwingenden und sich geradezu aufdrängenden Verdachts.⁴⁶

Maßgeblich war in concreto wohl, dass der Anwalt der Gegenseite über die jeweiligen Innenverhältnisse Bescheid wusste, zugleich Treuhänder war, den Pfandbestellungsvertrag erstellt hatte und ihn auch – wie der OGH betont – Interessenwahrungspflichten gegenüber seiner Mandantin treffen: So sei dieser wegen der im Raum stehenden Möglichkeit, die Pfandbestellung könnte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, verpflichtet gewesen, diese Verdachtsmomente zu prüfen und vorzusorgen, die von ihm vertretene Partei vor dem Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte abzuhalten.

Dies schließe allerdings – dies betont der OGH eigens – nicht aus, dass *in anderen Fällen* trotz anwaltlicher Vertretung beim

Dritten eine Verdachtslage vorliege, die nahezu einer Gewissheit gleichkommt. Oder allgemeiner formuliert: Die anwaltliche Vertretung der Gegenseite exkulpert und schützt den Dritten also nicht automatisch!

2. Sorgfaltspflichten der Angehörigen von beratenden Berufen: Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare

Damit will ich nun einen zweiten wesentlichen Aspekt ansprechen: Welche Sorgfalt schulden (rechts)beratende Berufe, wie Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Notare, wenn sie bei Rechtsgeschäften beraten, die potenziell gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen könnten. Der anzulegende Maßstab ist hier naturgemäß ein ganz anderer, denn schließlich geht es hier nicht um die Frage des Vertrauensschutzes im Rahmen des Stellvertretungsrecht, sondern vielmehr um eigenständige Beratungs- und Interessenwahrungspflichten, die einen Berater gegenüber seinen Mandanten treffen.

Zwei kürzlich ergangene Entscheidungen des OGH⁴⁷ zu den Pflichten eines Anwalts – die sinngemäß auch für Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer gelten werden – setzen insofern durchaus strenge Maßstäbe:

Ausgehend von der Pflicht eines Anwalts zur Interessenwahrung und zur Rechtsbetreuung seines Mandanten gemäß

Werbung

Schreiben Sie Erfolgsgeschichte!

Gemeinsam in die digitale Zukunft –
Ihr Softwarepartner für eine
erfolgreiche Kanzlei Gründung!

+

- ✓ Umfangreiche Software für alle Bereiche Ihrer Kanzlei
- ✓ Einfach und schnell zu starten
- ✓ Individuelles, zeit- und ortsunabhängiges Onboarding
- ✓ Hoher Grad an Automatisierung für noch mehr Effizienz

dvo

Individuelles
Erstgespräch
vereinbaren



§ 1009 ABGB und § 9 RAO und den daraus resultierenden Warn-, Aufklärungs-, Informations- und Verhütungspflichten sprach der OGH⁴⁸ aus, dass diese Pflichten auch dann bestehen, wenn der Mandant bereits von anderer Seite Rechtsberatung eingeholt hatte, sich für den Anwalt allerdings die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des für die professionelle Erledigung des Geschäftsfalls erforderlichen Wissensstands des Mandanten herausstelle.

Ein mit der Vertragserrichtung für eine GmbH beauftragter Rechtsanwalt müsse demnach dann, wenn die Möglichkeit im Raum steht, dass die Durchführung des Vertrags gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, die dafür vorliegenden Verdachtsmomente prüfen.⁴⁹

Diese Grundsätze seien auch nicht auf Fälle einer Vertragserrichtung und -prüfung beschränkt, sondern gelten als Ausfluss der allgemeinen Interessenwahrungspflicht bei allen Auftragsverhältnissen und somit auch, wie im konkreten Fall, wenn ein Anwalt bloß als Treuhänder tätig wird.

Wenngleich der Anwalt sich im Regelfall auf Informationen seines Mandanten verlassen könne, so dürfe er sich bei prima facie⁵⁰ gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßenden Auszahlungsaufträgen nicht mit gänzlich unkonkreten und unplausiblen Erklärungen begnügen. Konkret hätte der Anwalt sogar die Motive für unterbliebene Auszahlungen ergründen und sich dahingehend vergewissern und hinterfragen müssen, ob nicht eine Krise des Unternehmens iSd EKEG vorlag. Die Gründe, aus denen die Geschäftsführung die Auszahlungen für ordnungsgemäß hielt, wären konkret zu erörtern gewesen.

Den Anwalt treffe insofern die Pflicht, den Treugeber konkret auf die Unzulässigkeit der Auszahlungen hinzuweisen, wenn dieser ihn zu unzulässigen (da gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden) Auszahlungen anweise; ein allgemein gehaltener Hinweis auf einen „allfälligen Verstoß“ genüge hingegen nicht. Darüber hinaus treffe ihn eine Verpflichtung zur Verhütung der negativen Folgen von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften; der Anwalt müsse seinen Mandanten vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte abhalten⁵¹, den unzulässigen Abfluss von Mitteln verhindern und den Treugeber vor unzulässigen und somit nichtigen Auszahlungen „tunlichst bewahren“.

Diese höchstgerichtliche Entscheidung hat in der Literatur zu Recht Kritik⁵² erfahren: Denn im konkreten Fall war der Anwalt bloß als Treuhänder tätig, der auf Anweisung der Gesellschaft Auszahlungen tätigte; mit einer Prüfung der den Zahlungen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte war er hingegen nicht beauftragt. Darüber hinaus hatte der Anwalt offenbar das Verbot der Einlagenrückgewähr sogar thematisiert und auf einen möglichen Verstoß hingewiesen.

Wenngleich nun allgemein anerkannt ist, dass ein Gewalthaber Weisungen nicht „blind“ befolgen darf, sondern vielmehr

„denkender Gehorsam“ gefordert ist,⁵³ so geht die bisherige Rsp⁵⁴ zu arbeitsteiligen Prozessen doch klar davon aus, dass zusammenwirkende Berater (etwa ein Rechtsberater und Steuerberater) grds. jeweils bloß für den eigenen Aufgabenbereich verantwortlich sind; in Hinblick auf den Fachbereich des anderen, müssen sie hingegen keine besonderen Untersuchungen anstellen und treffen sie bloß verminderte Sorgfaltspflichten (etwa zur Warnung vor Mängeln, die auch ohne Spezialkenntnisse ins Auge fallen).

Wenn der OGH nun einerseits einen allgemeinen gehaltenen Warnhinweis eines Treuhänders zu Problemen, die außerhalb seines Auftrags- und Beratungsbereichs (!) liegen, nicht genügen lässt und ihm zusätzlich sogar gesteigerte Nachforschungspflichten zum Sachverhalt außerhalb seines Auftrags- und Beratungsbereichs (!) aufbürdet, so geht dies mE doch weit über das hinaus, was in einer arbeitsteiligen Welt und im Einklang mit den Grundsätzen des Vertrauensgrundsatzes gefordert werden kann.

Ebenso ist die vom OGH postulierte Pflicht des Anwalts, seinen Mandanten vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte *abzuhalten*, mit Vorsicht zu genießen und wohl bloß vor dem Hintergrund von dessen Funktion als Treuhänder (auf Grund derer er durch eine Zurücklegung des Mandates eine unzulässige Zahlung verhindern hätte können) zu betrachten. Ganz generell muss mE hingegen – im Einklang mit der bisherigen Rsp⁵⁵ – gelten: Aufgabe sämtlicher beratender Berufe ist es, eine fundierte Entscheidungsgrundlage des beratenen Mandanten zu schaffen, nicht jedoch, dessen Entscheidung zu beeinflussen oder gar zu determinieren.⁵⁶ Jedenfalls kann einen Berater keine dahingehende Erfolgsverbindlichkeit treffen.

3. Verjährung von Rückforderungsansprüchen iZm nichtigen Rechtsgeschäften

Ist ein Rechtsgeschäft auf Grund eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig, stellt sich die Frage, wie lange verbotswidrig erbrachte Leistungen von der (leistenden) Gesellschaft zurückgefordert werden können.

In mittlerweile stRsp⁵⁷ judiziert der OGH insofern, dass auf solche Verbotsverstöße sowohl das gesellschaftsrechtliche Verjährungsregime als auch das allgemeine, bereicherungsrechtliche Regime des ABGB anwendbar sind und miteinander konkurrieren, also parallel zur Anwendung kommen: Die Gesellschaft kann somit gesellschaftsrechtliche Rückforderungsansprüche nach § 83 GmbHG bzw § 56 AktG geltend machen, die einer Verjährungsfrist von grds. fünf Jahren ab Empfang der verbotswidrigen Leistung unterliegen.⁵⁸ Bei der GmbH verlängert sich diese Frist bei Kenntnis der Verbotswidrigkeit allerdings auf die allgemeine, 30-jährige Frist nach § 83 Abs 5 GmbHG.⁵⁹

Zusätzlich stehen der Gesellschaft auch allgemeine, zivilrechtliche Bereicherungsansprüche zu, die grds in 30 Jahren verjähren.⁶⁰ Zu beachten ist insofern allerdings, dass die jüngere Judikatur⁶¹ die allgemeine bereicherungsrechtliche Verjährungsfrist von 30 Jahren nur noch als Auffangtatbestand begriff

und die Verjährung von Kondiktionsansprüchen analog nach der Art des Anspruchs, an dessen Stelle die Kondiktion getreten ist, beurteilt, da sie funktionell vertraglichen Erfüllungsansprüchen ähneln oder wirtschaftlich an deren Stelle treten.⁶² Daher kommt etwa bei einer – gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßenden und somit – nichtigen Nutzungsvereinbarung analog § 1486 Z 4 ABGB grds. bloß eine dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung⁶³; dasselbe gilt sinngemäß bei wiederkehrenden Leistungen analog § 1480 ABGB.⁶⁴ ■

Resümee

Bei Rechtsgeschäften, die möglicherweise gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, treffen „echte“ Dritte bloß dann Erkundigungspflichten, wenn sich für sie der Verdacht der Verbotswidrigkeit so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt; ist das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung schon bei erstem Anschein plausibel, besteht kein weiterer Überprüfungsbedarf. Verstößt ein Dritter gegen diese Pflichten, kann auch ihm die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts entgegeng gehalten werden.

Rechtsberater (wie etwa Anwälte, Steuerberater und Notare) können weitreichende Pflichten treffen, ihren Mandanten von der Vornahme verbotswidriger Zahlungen abzuhalten, selbst wenn sie selbst nicht mit der Prüfung der Zulässigkeit eines Rechtsgeschäfts in Hinblick auf einen allfälligen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr beauftragt waren.

Gesellschaftsrechtliche Rückforderungsansprüche der Gesellschaft auf Grund von verbotswidrigen Leistungen konkurrieren mit der Rückforderung dieser Leistungen nach allgemeinem Bereicherungsrecht, sodass neben der grds. fünfjährigen gesellschaftsrechtlichen Verjährungsfrist auch die allgemeine 30-jährige (allenfalls aber auch bloß eine kurze, z.B. dreijährige) Verjährungsfrist des ABGB zum Tragen kommt.

- 1 Gem § 82 GmbHG bzw. § 52 AktG. Im Folgenden wird die Terminologie des GmbHG verwendet und daher etwa auf Gesellschafter und Geschäftsführung abgestellt, wobei das Gesagte sinngemäß auch für Aktionäre und den Vorstand einer Aktiengesellschaft gilt.
- 2 OGH RIS-Justiz RS0105518.
- 3 Grundlegend J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Strafrecht (2020); Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 72; OGH RIS-Justiz RS0105535; 6 Ob 195/18x (siehe dazu auch H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2019, 938f).
- 4 Zur „Erweiterung“ des vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfassten Kreises der Gesellschafter auf konzernverbundene Unternehmen oder Angehörige natürlicher Personen, siehe etwa Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 7ff; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 11ff; jeweils mwN; OGH 6 Ob 89/21p.
- 5 OGH 7 Ob 99/22t; 17 Ob 5/19p; 6 Ob 195/18x; 6 Ob 14/14y; 1 Ob 290/00d; 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RS0105536; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76, 154; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 19; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 6; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG3, § 52 Rz 55ff; Schopper, FS Fenyves (2013), 1009ff (1009).
- 6 OGH 17 Ob 5/19p; 4 Ob 2078/96h; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 17.
- 7 Siehe etwa Karollus, GesRZ 2011, 112 (114).
- 8 OGH 7 Ob 99/22t; 10 Ob 16/06k; RIS-Justiz RS0105536; siehe dazu eingehend Müller, ÖJA 2023/7.
- 9 OGH 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RS0105536; RS0105537; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 83 Rz 21.
- 10 Etwa wenn die Sicherheitenbestellung nicht fremdvergleichsfähig ist, weil die Tochtergesellschaft keine angemessene Avalprovision erhält oder weil die der Tochtergesellschaft drohende Haftung eine für sie existenzbedrohende Höhe erreichen kann.
- 11 Vgl OGH 4 Ob 2078/96h; OGH RIS-Justiz RS0105536; RS0105537.
- 12 Konkret ging es um die Frage der Wirksamkeit einer zu Gunsten einer Bank bestellten Sicherheit im Rahmen eines Management-Buy-Outs.
- 13 Vgl etwa Hügler, JBI 1997, 113f; Karollus, eolex 1999, 323.
- 14 OGH 6 Ob 271/05d (siehe dazu Artmann, JBI 2006, 288); RIS-Justiz RS0105537 [T4]. Dabei hielt der OGH fest, dass auch die Erkundigungspflichten nach der Fehrringer-Entscheidung nicht für alle Fälle einer denkmöglichen Einlagenrückgewähr gelten würden, sondern sich diese Entscheidung bloß auf den, konkret per se kritischen, Sachverhalt eines Management-Buy-Outs bezog.
- 15 Vgl jüngst etwa OGH 6 Ob 24/23d (siehe teils krit. Peissl/Prasser, eolex 2023/538); 6 Ob 158/21k; 6 Ob 89/20m; 3 Ob 50/13v; 6 Ob 29/11z; 7 Ob 35/10d; 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; vgl auch J. Reich-Rohrwig/Aschl, eolex 2022/565.
- 16 Seit OGH 6 Ob 271/05d; RIS-Justiz RS RS0105536; RS0105537.
- 17 Auch rechtsdogmatisch ist dieser Anknüpfungspunkt richtig: Denn der Vorwurf grober Fahrlässigkeit setzt denklösig eine gegenteilige Pflicht des Dritten voraus (die sodann grob fahrlässig verletzt wird), die aber gerade nicht besteht. Erst Offenkundiges kann eine bloß subsidiäre und bloß eingeschränkte Erkundigungspflicht des Dritten auslösen bzw – mE dogmatisch richtiger – die Schutzwürdigkeit des Dritten im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft begründen. Vgl dazu auch Eckert/Schopper, AktG-ON § 52 Rz 17; vgl auch Peissl/Prasser, eolex 2023/538.
- 18 OGH 6 Ob 271/05d.
- 19 OGH 9 Ob 29/11z.
- 20 Vgl jüngst etwa OGH 6 Ob 24/23d; 6 Ob 158/21k; 6 Ob 89/20m; 3 Ob 50/13v; 6 Ob 29/11z; 7 Ob 35/10d; 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; siehe generell Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76, 154; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB4, § 1017 Rz 38: nur „eindeutige Verdachtsfälle“ (wenige, besonders

- krasse Fälle) lösen eine Erkundigungspflicht aus.
- 21 OGH 3 Ob 287/02f; 1 Ob 290/00d; 9 ObA 69/16m; 6 Ob 232/16k 3 Ob 50/13v; 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d; 2 Ob 225/07p; 10 Ob 16/06k; 4 Ob 2078/96h.
- 22 OGH 7 Ob 35/10p; siehe zustimmend Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f): spätere Umstände irrelevant; 6 Ob 24/23g (siehe dazu auch Peissl/Prasser, ecolex 2023/538); 9 Ob 26/08a, 9 Ob 25/08d: „Abgabe und Annahme der Garantie“; 6 Ob 29/11z; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 76; vgl allerdings OGH 2 Ob 225/07p, der iZm der Tilgung eines Kredits wohl auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlungen und nachträglich hinzutretende Umstände (sich verschlechternde wirtschaftliche Situation, unerklärliche Forderungen in Bilanz, Zahlung auf Kreditkonto) abstellt.
- 23 OGH 7 Ob 35/10p: Gesellschaftsverhältnisse bekannt (siehe dazu Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f)); vgl 6 Ob 232/16k: Vornahme der gesamten Vertragsgestaltung; vgl. 6 Ob 158/21k.
- 24 OGH 3 Ob 50/13v; 6 Ob 14/14y.
- 25 OGH 10 Ob 16/06k; 6 Ob 29/11z uVa Karollus, GesRZ 2011, 112 (114), wobei der OGH allerdings einen Verdacht letztlich bejahte, da unter anderem bekannt war, dass eine der beteiligten Gesellschaften „im Einflussbereich“ des Geschäftsführers und Gesellschafters einer anderen stand.
- 26 OGH 7 Ob 35/10p; siehe dazu auch Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f).
- 27 OGH 17 Ob 5/19p; (siehe dazu Foglar-Deinhardstein, NZ 2019, 222).
- 28 OGH 4 Ob 2978/96h; 2 Ob 225/07p; 6 Ob 48/17b; 7 Ob 35/10p.
- 29 OGH 2 Ob 225/07p: „unerklärliche Forderungen“ in der Bilanz; vgl auch 6 Ob 26/21y: Mit gänzlich unkonkreten oder unplausiblen Erklärungen darf sich ein Anwalt (als Treuhänder) nicht begnügen; die angegebenen Gründe für Auszahlungsanweisungen wären (bei prima facie gegen die Kapitalerhaltung verstößenden Auszahlungsanweisungen) zu hinterfragen gewesen.
- 30 OGH 6 Ob 24/23g; 6 Ob 48/17b; 7 Ob 35/10p; 10 Ob 86/18x: Erscheint eine betriebliche Rechtfertigung plausibel, besteht kein weiterer Überprüfungsbedarf; ein solcher plausibler Anschein besteht etwa, wenn eine Gesellschaft das nachvollziehbare Interesse hat, Finanzierungsgpässe durch Übernahme einer Sachhaftung zu vermeiden. Vgl auch OGH 6 Ob 271/05d: betriebliche Rechtfertigung für Beteiligung an Konzernkredit (inkl Haftungsübernahme); vgl auch Karollus, GesRZ 2011, 112 (114f) (zu OGH 7 Ob 35/10p).
- 31 OGH 6 Ob 24/23g; 6 Ob 48/17b; 6 Ob 29/11z; 7 Ob 35/10p.
- 32 OGH 6 Ob 48/17b; vgl 2 Ob 225/07p.
- 33 OGH 17 Ob 5/19p; 6 Ob 14/14y; 3 Ob 50/13v; 6 Ob 48/12w; 6 Ob 271/05d (Artmann, JBI 2006, 288); 4 Ob 2078/96h; vgl auch 2 Ob 225/07p.
- 34 OGH 9 Ob 26/08a; 9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p.
- 35 OGH 7 Ob 35/10p.
- 36 OGH 6 Ob 29/11z.
- 37 OGH 2 Ob 225/07p; vgl auch 6 Ob 271/05d: Überweisungsverkehr zwischen Konzerngesellschaften.
- 38 OGH 6 Ob 61/21y (insb. wenn zusätzlich die rechnerische Überschuldung und die Herkunft und Zweck der Zahlungen bekannt waren).
- 39 OGH 6 Ob 232/16k; 6 Ob 61/21y; 7 Ob 35/10p.
- 40 OGH 1 Ob 290/00d; vgl auch 6 Ob 271/05d: Der OGH billigte die Ansicht des BerG, dass Konzernkredite und die Übernahme eines Haftungsrisikos durch die Konzerngesellschaften (sofern nicht voraussichtlich existenzgefährdend) als betrieblich gerechtfertigt angesehen werden, da dieser den Vorteil habe, dass der gesamte Rahmen allen Kreditnehmern zur Verfügung steht (und von vornherein nicht abzusehen war, dass der Kreditbedarf einer Konzerngesellschaft in aller Regel höher sein werde als jener der anderen), keine finanzielle Notlage bestand (ein Haftungsfall also wahrscheinlich wäre) und die Zusammenarbeit somit zum wirtschaftlichen Vorteil der Konzerngesellschaft sei.
- 41 OGH 17 Ob 5/19p.
- 42 OGH 6 Ob 48/07b.
- 43 OGH 9 Ob 26/08a; 9 Ob 25/08d.
- 44 OGH 6 Ob 29/11z.
- 45 OGH 17 Ob 5/19p; vgl zum Aspekt des Erfordernisses der Rechtskenntnis, um auf die Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäfts schließen zu können: Müller, ÖJA 2023/7.
- 46 OGH 6 Ob 89/20m.
- 47 OGH 6 Ob 26/21y (zu Recht krit dazu Brugger, NZ 2022/15); 6 Ob 89/20m.
- 48 OGH 6 Ob 26/21y.
- 49 So schon OGH 6 Ob 89/20 m
- 50 Unter Verweis auf zwei weitere Entscheidungen des OGH (OGH 6 Ob 199/17h; 6 Ob 195/18x) vertrat der OGH die Ansicht, dass außerhalb des Massengeschäfts alle zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter getätigten Rechtsgeschäfte in Hinblick auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr „prima facie verdächtig“ seien. Ob dies in dieser Allgemeinheit nicht doch etwas zu weit geht (weil damit schließlich fast jedes Geschäft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter verdächtig wäre), muss hier dahingestellt bleiben. Es ist allerdings jedenfalls nicht auf die oben erörterten Fälle der Erkundigungspflichten echter Dritter bei schwerwiegenden Verdachtsmomenten übertragbar: Denn all diese Entscheidungen betrafen entweder Organwalter der Gesellschaften oder einen Anwalt, die – im Gegensatz zu einem Dritten – jeweils inhaltliche Prüfpflichten betreffend die Rechtmäßigkeit des Geschäfts hatten.
- 51 So schon OGH 6 Ob 89/20 m.
- 52 Siehe etwa Brugger, NZ 2022/15; J. Reich-Rohrwig/Aschl, ecolex 2022/565; R. Rastegar, EvBl 2022/36.
- 53 OGH 6 Ob 183/13z; Hartlieb/Zollner in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB4, § 1009 Rz 63.
- 54 OGH 2 Ob 303/98t; 7 Ob 84/05m; RIS-Justiz RS0111088; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB 14 § 347 Rz 201;
- 55 OGH RIS-Justiz RS0026419: Ein Notar ist nicht gehalten, den Entschluss einer von ihm auf die Bedenken gegen das Geschäft aufmerksam gemachten Partei zu beeinflussen. OGH 7 Ob 695/89: Ein Notar hat auf Willensentschlüsse der Parteien nicht einzuwirken und eine Willensänderung herbeizuführen. Vgl OGH 8 Ob 108/11g.
- 56 Siehe zum Zweck von Aufklärungspflichten und der Schaffung einer Entscheidungsgrundlage allgemein: A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss, 27ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
- 57 OGH RIS-Justiz RS0128167; ausgehend von OGH 6 Ob 110/12p; jüngst 6 Ob 112/22x; 6 Ob 79/16k; siehe etwa Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83 Rz 22f.
- 58 Siehe § 83 Abs 5 GmbHG und § 56 Abs 4 AktG.
- 59 OGH 6 Ob 112/22x; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 83 Rz 22f.
- 60 Vgl §§ 1478f ABGB.
- 61 OGH 6 Ob 112/22x; 8 Ob 110/16h; 9 Ob 44/21t; RIS-Justiz RS0086687; RO0123539; RS0124811.
- 62 OGH 6 Ob 112/22x; 3 Ob 181/13s; Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 § 1486 Rz 9.
- 63 OGH 6 Ob 112/22x.
- 64 OGH 6 Ob 110/16h.

Zukunftsfitte Workflows in der Steuerberatung

LexisNexis möchte neben Fachwissen auch smarte Lösungen für die Workflows und Prozesse von Steuerprofis anbieten.

Unter anderem bietet LexisNexis mit Closd ein Transaction Management Tool, um komplexe Steuerberatungsmandate einfach zu machen. Fälle wie z.B. Immobilientransaktionen oder Due Diligence sind oft aufwändig, weil viele Mitwirkende und umfangreiche Datenmengen koordiniert werden müssen. Mit Closd können Sie alle Personen, Dateien, Daten, Aufgaben oder Benachrichtigungen rund um Ihre Projekte an einem Ort zusammenführen. Weltweit wird Closd bereits von 200 großen Kanzleien, Rechtsabteilungen und Investmentfonds erfolgreich eingesetzt.

Closd bündelt die Koordination und Kommunikation mit vielen Personen: Laden Sie alle (auch externe) Beteiligten vertraulich ein, weisen Sie Aufgaben zu, verfolgen Sie den Projektfortschritt mit interaktiven automatischen Checklisten. Der interaktive Q&A-Bereich erspart Ihnen aufwändige E-Mail Konversationen, da Sie Unklarheiten in Dokumenten direkt erfragen können. Elektronische Signaturen und automatische Projektabschlüsse

sind integriert. Mit dem DSGVO-konformen Datenraum von Closd können Sie kontrollieren, wer welche Daten abrufen kann, egal ob bei einer Due Diligence Prüfung oder im Austausch mit Behörden.

Zukunftshoffnung bei täglichen Routinen: Artificial Intelligence

Neben komplexen Workflows bergen die tagtäglichen Routinen ein großes Potenzial, um Zeit und Nerven zu sparen. Seit ChatGPT ist klar, dass generative Artificial Intelligence (AI) zunehmend die Fähigkeit entwickelt, Büroroutinen enorm zu unterstützen.

LexisNexis ist seit Jahren ein Vorreiter bei der Entwicklung von AI, und möchte auch diese neuen Möglichkeiten der Steuerberatung zugänglich machen: zum Beispiel Lexis+ AI, ein generative AI-Assistent, der bereits in den USA verfügbar ist, und nun ist auch die Umsetzung für Österreichs Steuerberatung geplant.



LexisNexis Österreich CEO Susanne Mortimore will die Steuerberatung auch bei Workflows und Prozessen unterstützen

Eines der Highlights von Lexis+ AI ist die Funktion „Conversational Search“. Hier kann man Lexis+ AI ganz einfach per Chat Fragen stellen – die KI durchsucht daraufhin in Sekundenschnelle LexisNexis' Fachinformationen und liefert fundierte Antworten samt präziser Quellenangaben. Lexis+ AI kann aber nicht nur schneller recherchieren, sondern unterstützt eben auch bei täglichen Workflows: Die AI kann Dokumente zusammenfassen oder komplexe Texte generieren. Routineabläufe wie das Verfassen von Emails lassen sich deutlich beschleunigen. Lexis+ AI übernimmt zeitraubende, uninteressante Aufgaben, während sich der Mensch auf die eigentliche Beratung konzentrieren kann. LexisNexis legt dabei großen Wert auf Zuverlässigkeit und Aktualität: Lexis+ AI greift ausschließlich auf hochwertige Fachinformationen zurück.

LexisNexis betont, dass bei allen Produkten – und insbesondere bei AI – großer Wert auf Sicherheit und Verantwortung gelegt wird. Grundlegende Forderungen des EU AI Acts sind in LexisNexis' internen Regeln bereits enthalten: Lösungen sollen erklärbar sein, menschliche Aufsicht und Datenschutz müssen eingehalten werden und Vorurteile in Daten sollen vermieden werden.

Artificial Intelligence und smarte Tools eröffnen Steuerprofis enorme Möglichkeiten. Werden Sie jetzt Lexis + AI Insider für kostenfreien Zugriff auf Umfragen und Fachartikel zu Artificial Intelligence für Recht und Steuer: <https://Lexis.at/insider> ■